

CRISTIANO CUPELLI

HOBBS EUROPEISTA?
DIRITTO PENALE EUROPEO, *AUCTORITAS* E CONTROLIMITI

SOMMARIO: 1. La sentenza Melloni e il primato del diritto dell'Unione europea. – 2. Il senso della riserva di legge *nella* democrazia penale. – 3. I controlimiti tra riserva di legge e rispetto delle identità nazionali e costituzionali degli Stati. – 4. La dottrina dei controlimiti e la sua *eupeizzazione*. – 5. La riserva di legge quale principio fondamentale e *limite* al diritto europeo. – 6. Il *limite* del controlimite. – 7. La tutela multilivello e i rapporti tra diritto penale, potere e garanzie.

1. *La sentenza Melloni e il primato del diritto dell'Unione europea*

Seguendo il percorso dei diritti fondamentali nella dimensione europea e la suggestione del loro massimo livello di salvaguardia realizzabile attraverso la c.d. tutela multilivello, ci si imbatte in pronunce della Corte di Giustizia dell'UE che rafforzano, nel penalista meno permeabile alle fascinazioni del diritto fluido, le perplessità circa i rapporti tra diritto penale e diritto europeo.

Nell'ultimo anno, l'attenzione è stata in particolare catalizzata dalla sentenza 26 febbraio 2013, Melloni, con la quale la Grande Sezione – chiamata a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale proposto, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal *Tribunal Constitucional* spagnolo – è stata investita, tra l'altro, della valutazione circa la possibilità di uno Stato membro (la Spagna, appunto) di rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo, emesso, a seguito di un processo svoltosi *in absentia*, da altro Stato membro (l'Italia), che non prevede la possibilità di revisione dello stesso processo (e della relativa sentenza di condanna) e quindi difetta di una tutela rafforzata dei diritti della difesa e dell'equo processo¹. Dei vari aspetti affrontati,

¹ Sulla pronuncia, tra i molti commenti, si segnalano, con varietà di sfumature e accenti (più o meno) critici, A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. un. eur.*, 2013, p. 399 ss.; S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? (note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia)*, in *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di R. Mastroianni e D. Savy, Napoli, 2013, p. 19 ss.; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, *ivi*, p. 99 ss.; L. LANZONI, *Livello di tutela dei diritti fondamentali e art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: nuove indicazioni della Corte di giustizia sulla nozione di interpretazione conforme*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2013, p. 620 ss.; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, p. 177 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art.*

quelli che appaiono funzionali al nostro ambito tematico attengono alla risposta negativa offerta al terzo quesito posto in via pregiudiziale, riconducibile alla praticabilità di opporre – in caso di cooperazione giudiziaria – la prevalenza del *surplus* di garanzia offerto da una Costituzione nazionale rispetto al diritto dell'Unione, invocando a tal fine la clausola di salvaguardia dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea², secondo cui «nessuna disposizione (...) della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti (...) e dalla costituzioni degli Stati membri». Pur precisando che gli *standard* di tutela riscontrabili in ambito nazionale non possono in alcun caso compromettere «il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettiva del diritto dell'Unione» (§ 60), si è offerta una lettura di tale disposizione che da subito è stata definita «integrativa, o forse meglio correttiva»³.

Senza entrare nel merito della soluzione a cui la Corte è pervenuta nello specifico caso⁴ e della conseguente decisione del *Tribunal Constitucional* spagnolo⁵, ciò

53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di Giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo, in *Rivista AIC*, 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

² Sul contenuto e la portata della Carta dei diritti fondamentali si rinvia, nella manualistica, all'esautiva disamina di J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 179 ss.

³ Da A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato*, cit., p. 400.

⁴ La vicenda concerneva un procedimento in cui l'*Audiencia Nacional* aveva autorizzato la consegna del Melloni alle autorità italiane ai fini dell'esecuzione di una sentenza di condanna contumaciale inflittagli dal Tribunale di Ferrara, ritenendo che il tenore letterale, il contesto e lo scopo della norma di cui all'art. 4-bis, par. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla successiva decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, non ammettono che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione (nel caso di specie, la Spagna) subordini l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in contumacia possa essere oggetto di revisione. Avverso tale provvedimento, il Melloni aveva proposto *recurso de amparo*, lamentando la lesione del diritto ad un processo equo garantita dall'art. 24, comma 2, della Costituzione spagnola.

⁵ Cfr. *Tribunal Constitucional de España*, sent. 13 febbraio 2014, *recurso de amparo* 6922/2008, Melloni (in *www.penalecontemporaneo.it*, con commento a prima lettura di F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*) ove, pur riaffermando in via di principio l'esistenza di invalicabili controlimiti, si è ritenuto di adeguarsi alla soluzione della Corte di Giustizia, sul presupposto che – nel caso di specie – si era dinanzi ad una mera possibile violazione indiretta dell'equo processo, negandosi che – in caso di consegna di una persona condannata in contumacia a una giurisdizione straniera – le ragioni di tutela del diritto a un processo equo sancito

che va considerato è il possibile peso della pronuncia su futuri scenari interpretativi, in relazione a due effetti indiretti e rilevanti anche rispetto alle sempre più *destabilizzate* fondamenta garantistiche del diritto penale: da una parte, il rischio di generalizzazione (se non, addirittura, di assolutizzazione) dell'esito della specifica questione e cioè la consacrazione del primato del diritto europeo *a tutti i costi*; dall'altra, il correlato pericolo di legittimare per tale via l'obliterazione dell'ulteriore, e altrettanto fondamentale, principio dell'Unione sancito all'art. 4.2. del Trattato, che nel caso Melloni la Corte dimentica di bilanciare con l'invocata primazia, relegando in second'ordine la salvaguardia dei principi fondamentali degli ordinamenti nazionali. Il che, come si è detto, «inquietava non poco, alimentando l'impressione che il bisogno indisponibile di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, al fine di essere come si conviene appagato, non possa arrestarsi davanti ad alcun ostacolo, foss'anche dato dai principi fondamentali del diritto interno (dei c.d. "controlimiti")»⁶.

Un errore di metodo, quindi, più che di merito, quello in cui incorre la Corte di Giustizia, che potrebbe però offrire ulteriore linfa alle spinte, invero sempre più pressanti, verso la 'rottamazione' della teoria dei controlimiti e, per quel che a noi maggiormente interessa, dei suoi auspicabili riflessi sulla salvaguardia delle *garanzie* del diritto penale.

2. Il senso della riserva di legge nella democrazia penale

La questione assume viepiù importanza, nella prospettiva più direttamente penalistica, considerando come, nonostante a tutt'oggi l'Unione europea sia priva di una potestà punitiva penale propria⁷, appaia assai significativa l'incidenza esercitata sulle scelte politico-criminali degli Stati membri. Incidenza che, seppure formalmente indiretta, finisce per condizionare e limitare, sin quasi ad espropriare, le prerogative dei Parlamenti nazionali in materia penale⁸, considerato che con il Trat-

dall'art. 24, comma 2, della Costituzione spagnola impongano di rifiutare la consegna, qualora le autorità giurisdizionali straniere in questione non garantiscano comunque la possibilità di revisione della sentenza, anche nell'ipotesi in cui il condannato fosse debitamente informato del processo e si fosse fatto difendere da un avvocato di fiducia.

⁶ Così A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato*, cit., p. 401.

⁷ Dal momento che, «nonostante la notevole evoluzione del sistema giuridico europeo, il deficit democratico che ancora caratterizza gli organi e gli atti legislativi dell'Unione è tale che gli Stati, per ragioni costituzionali oltre che politiche, mal sopporterebbero una competenza penale propria dell'Unione»: così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, p. 130.

⁸ Nell'ampia bibliografia sui molteplici profili di intersezione tra fonti sovranazionali e diritto penale, anche con riferimento ai vincoli imposti dalle convenzioni internazionali, v. in particolare F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale, Speciale di Dir. pen. e*

tato di Lisbona, mentre si sono ampliati i margini di influenza europea in materia penale, non si sono al contempo resi *davvero* conformi a *standard* di garanzia democratica i meccanismi decisionali, ancora rimessi al ruolo egemone di organi privi di effettiva rappresentatività. Per di più, sul versante interno, rimane del tutto marginale l'apporto del Parlamento rispetto alla formazione del diritto europeo, sia nella fase ascendente che in quella discendente⁹, con un effetto complessivo di sostanziale obliterazione del significato della riserva di legge in materia penale.

Due le strade che, in via generale, si prospettano come possibili. Da un lato, quella della disincantata rassegnazione, che porta a sminuire il ruolo di garanzia (anche procedimentale) della fonte scritta¹⁰ e a revocare in dubbio il peso decisivo della legge, lasciandone sfumare l'istanza garantista nella sola conoscibilità e accessibilità del diritto (nella sua accezione più ampia che ricomprende, accanto a quello scritto, quello di matrice giurisprudenziale)¹¹, oltre a mettere in discussione lo stesso modello di democrazia rappresentativa che ne è presupposto e base teorica¹². Dall'altro, continuando a credere nel senso della separazione dei poteri e nel tradizionale paradigma della democrazia rappresentativa, quella di tentare il recu-

proc., 2011, p. 4 ss.; C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012; V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale*. Vol. I, a cura di G. Insolera, N. Mazzacava, M. Pavarini, M. Zanotti, Torino, 2012, p. 157 ss.; su genesi, evoluzione e diffidenze rispetto all'attribuzione all'Unione di una competenza penale accessoria, v. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C. E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013, p. 69 ss.; in chiave critica, V. MASARONE, *L'inappagante continuità del diritto penale dell'Unione dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, in *Crit. dir.*, 2008, p. 173 ss. e, più di recente, Id., *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 155 ss. nonché, C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *questa rivista*, 2013, p. 535 ss.

⁹ In questo senso, la recente legge 24 dicembre 2012, n. 234 ha rappresentato un'occasione persa nel cammino di un serio potenziamento della capacità delle assemblee interne di incidere nelle deliberazioni sovranazionali; un'analisi degli effetti sulla legalità penale della legge n. 234 del 2012, con varietà di posizioni, in C. CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen., proc.*, 2013, p. 411 ss. e C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, n.2/2013, p. 43 ss.

¹⁰ Ruolo di *controllo democratico* ribadito, nel suo profilo procedurale, da F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio «fondamentale»*, in *Quaderni fiorentini*, vol. XXXVI, Milano, 2007, p. 1294.

¹¹ Un aggiornato vaglio della prevedibilità in sede legislativa (quale chiarezza e precisione delle norme penali) ed in sede applicativa (come interpretazione ragionevole delle norme penali), in A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea*, cit., p. 108 ss.

¹² In particolare, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2269; a conclusioni non dissimili giunge anche G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, vol. XXXVI, Milano, 2007, p. 1255 ss. e Id., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *questa rivista*, 2012, p. 84 ss.

pero, pure in chiave sovranazionale, del fondamento della riserva di legge – emendata dei guasti del *contesto* e della *contingenza politica* – rilanciandone il *ruolo* ancora decisivo *anche* nel diritto penale contemporaneo.

La riserva – letta, conformemente alla propria *ratio* ed alla propria origine, come presidio a tutela della divisione dei poteri, del principio democratico e della rappresentatività nelle scelte politico-criminali – presuppone la presenza di un organo rappresentativo il quale, all'esito di un percorso dialettico assicurato da taluni essenziali crismi procedurali, possa legittimamente imporre restrizioni al bene primario della libertà personale; il che non necessariamente implica di interpretarla anche (e solo) come riserva di legge *statale*, ma di certo come riserva di legge *democratica*, cioè promanante da un organo che ne incarni i caratteri costitutivi.

3. I controlimiti tra riserva di legge e rispetto delle identità nazionali e costituzionali degli Stati

Ora, decidendo di intraprendere la seconda, sicuramente più impervia, strada, ci si potrebbe anche spingere – nell'attesa, forse troppo ottimistica, che possa venir colmato ogni esiziale *deficit* di rappresentatività democratica in sede europea – ad invocare l'art. 25 Cost., nella sua insuperata funzione di garanzia, quale *controlimite* rispetto a quelle limitazioni di sovranità che, pur coperte dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., non promanano da istituzioni sovranazionali legittimate ad imporre obblighi di criminalizzazione.

Come si è autorevolmente osservato, «i limiti alla sovranità sono possibili nel rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento», tra i quali «potrebbe essere sicuramente annoverato quello della riserva assoluta di legge in materia penale di cui all'art. 25 Cost.», il cui «fondamento garantistico, secondo cui sono riservate al Parlamento nazionale le scelte comunque concernenti al libertà e la dignità personale, ne fa addirittura un diritto fondamentale dell'uomo»¹³. Invero, è proprio il procedimento legislativo che consente un effettivo coinvolgimento delle forze rappresentative nel momento di compiere le scelte di criminalizzazione, attraverso l'esercizio ed il riconoscimento della *pretesa* di esercitare un ruolo correlato allo svolgimento dell'indirizzo di governo; le forme giuridiche di tale legittimazione ed i suoi limiti non possono che coincidere con le – o, al più, derivare dalle – forme dei procedimenti assembleari¹⁴. In questa prospettiva, i timidissimi passi

¹³ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 131.

¹⁴ L'impostazione procedimentale, con un recupero del nucleo rappresentativo attraverso il connubio rappresentanza – partecipazione politica – responsabilità e soprattutto con le richiamate garanzie dialettiche, consente di scansare il rischio di aprire la porta a tentazioni verso una «legislazione di qualità», più consona «alla traduzione tecnica di scelte di valore già effettuate che all'effettuazione di

avanti compiuti a livello europeo con il Trattato di Lisbona in relazione ai principi procedurali dell'organo assembleare non paiono sufficienti a ridurre la distanza dai principi costituzionali di garanzia fondanti il 'nocciolo duro' del nostro sistema penale, che l'odierno interventismo sovranazionale palesa.

Il principio della riserva di legge, in tale veste di controlimite, potrebbe trovare un avallo interpretativo non solo nella lettura *contenutistica* dell'art. 25 Cost., ma anche nell'art. 4.2 TUE¹⁵, se è vero – come si è detto – che «il primato del diritto eurounitario e il rispetto delle fondamenta costituzionali di ciascuno Stato membro, di cui all'art. 4, sono – è fuor di dubbio – entrambi principi che informano di sé l'ordinamento dell'Unione: per il tramite del primo, quest'ultima manifesta ed esprime nel massimo grado la propria vocazione istituzionale, quale ordinamento appunto che *in progress* tende verso una crescente integrazione interna e stabilizzazione; per il tramite del secondo, si rende palese la vocazione 'pluralista' dell'istituzione stessa, che vuole edificarsi e crescere nello scrupoloso rispetto dell'identità costituzionale di ciascuno degli ordinamenti nazionali da cui risulta composta»¹⁶.

Sembrerebbe dunque opportuno provare, più che a 'rottamare', a 'restaurare' la dottrina dei controlimiti, facendola uscire dal limbo nel quale è stata accantonata, includendovi la primaria garanzia di legalità democratica realizzabile mediante il procedimento legislativo, espressa dall'art. 25, comma 2, Cost.

4. La dottrina dei controlimiti e la sua europeizzazione

S'impone, a questo punto, un breve passo indietro. Con la dottrina dei controlimiti, esposta e perfezionata in tre sentenze ormai divenute storiche¹⁷, la Corte costituzionale ha introdotto un peculiare congegno argomentativo di garanzia, destinato

tali scelte», evocando una «concezione aristocratica dell'attività legislativa, che sostituisce al mito della democraticità della legge quello della sua qualità» (F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, in *Diritto penale. I dizionari sistematici*, a cura di F. Giunta, Milano, 2008, p. 42).

¹⁵ S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 929.

¹⁶ Così A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato*, cit., p. 404.

¹⁷ E cioè la sentenza 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401 ss.; la sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, ivi, 1984, p. 1098 ss. e la sentenza 21 aprile 1989, n. 232, *Fragd*, ivi, p. 1101 ss., conclusasi – quest'ultima – con una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza, nella quale tuttavia si è arrivati molto vicini ad una rivendicazione del controlimite per la dubbia osservanza di un principio fondamentale del nostro ordinamento, e cioè il diritto di difesa assicurato dall'art. 24 Cost. (su tale pronuncia, v. M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1001 ss.); importanti riferimenti, tra le altre, anche nelle celebri sentenze "gemelle" 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (ivi, 2007, p. 3475 ss.) oltre che, ancor più di recente, nelle sentenze 24 giugno 2010, n. 227 (ivi, 2010, p. 2598 ss.) e 28 novembre 2012, n. 264, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4216 ss.

a fungere da ‘contropartita’ alle limitazioni di sovranità sofferte dall’ordinamento interno ed a conservare l’identità del tipo di Stato configurato dalla Costituzione¹⁸. In questa prospettiva, le limitazioni alla sovranità sarebbero riconosciute ed accettate

¹⁸ Sulla problematica concernente i controlimiti, in dottrina, tra i molti contributi, P. BARILE, *Ancora sul diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea costituente*, vol. IV, Firenze, 1969, p. 45 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 95 ss.; A. RUGGERI, “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, *tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in *Dir. pubbl. compar. eur.*, 2003, p. 102 ss.; A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1309 ss.; M. P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell’ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2006, p. 101 ss.; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Dir. un. eur.*, 2007, p. 738 ss.; D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, p. 59 ss.; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell’Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 169 ss.; R. CAPONI, *La tutela della identità nazionale degli Stati membri dell’UE nella cooperazione tra le corti: addio ai “controlimiti”?*, in *Dir. un. eur.*, 2011, p. 915 ss.; U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d’integrazione europea*, Napoli, 2011, p. 68 ss.; ID., *I «controlimiti» nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Milano, 2008, p. 493 ss. (anche in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, II, p. 1306 ss.); G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir. un. eur.*, 2011, p. 848 ss.; ID., *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2009, p. 23 ss.; P. IVALDI, voce *Costituzione e diritto dell’Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento IV, Torino, 2011, p. 62 ss.; M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, p. 11 ss. e 67 ss.; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012, p. 63 ss.; P. MENGOZZI, *Corte di giustizia, giudici nazionali e tutela dei principi fondamentali degli Stati membri*, in *Dir. un. eur.*, 2012, p. 561 ss.; M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16 ottobre 2012; G. SCACCIA, «Rottamare» la teoria dei controlimiti?, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 141 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l’autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 39 ss.

Nella prospettiva penalistica, senza ambizione di esaustività, e con varietà di posizioni, G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano, 2008, p. 290 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 20 ss. e p. 286 ss.; G. ABBADESSA, *Dal «diritto penale comunitario» al diritto penale della nuova unione europea: problematiche dell’interregno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 457 ss.; G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2365 ss.; ID., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 675 ss.; ID., *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione del potere?*, Milano, 2003, p. 59 ss. (spec. p. 62); V. MAIELLO, *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 112 ss.; ID., *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 448 ss.; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 37 ss.

solo nella misura in cui non intacchino i principi fondamentali dell'ordinamento stesso ed i diritti inviolabili della persona umana, in sostanza quel "nucleo intangibile" rappresentato dai principi supremi dell'ordinamento costituzionale che, richiamando le parole della Corte, «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»¹⁹. A tal fine, si riserva all'esclusivo sindacato dello Stato membro la protezione dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti inalienabili della persona e si delinea una sorta di *contrappeso* al primato ed all'effetto diretto del diritto sovranazionale, alla cui disponibilità pertanto vengono sottratti alcuni valori costituzionali²⁰. In sostanza, pur non negando il primato del diritto europeo, si riconosce al contempo che le porzioni di sovranità riguardanti, rispettivamente, le materie dei «diritti inalienabili della persona» e dei «principi supremi dello Stato repubblicano/democratico» debbono essere preservate, quali «principi nazionali che vanno necessariamente salvaguardati e che, a loro volta, limitano la prevalenza del diritto dell'Unione»²¹, costituendo «il nocciolo duro delle garanzie costituzionali approntate nell'ordinamento interno dalla Costituzione»²².

La 'rivendicazione' dei controlimiti trova valide ragioni per un significativo irrobustimento, tanto nel mutato contesto istituzionale europeo, nel quale le accre-

¹⁹ C. cost., sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5556 ss., nel dichiarare tali principi assolutamente *irrivocabili*, anche attraverso il procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost.; precisa che, per quanto i principi supremi o fondamentali che valgono da *controlimiti* e quelli che non possono essere modificati neppure in sede di revisione della Costituzione «possano essere (ed anzi, probabilmente, siano) gli stessi, non è affatto detto che essi debbano essere letti, interpretati esattamente nello stesso modo nell'uno e nell'altro caso», M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 570, al quale sembra «essere diversa nei due casi l'importanza dei possibili punti di vista: nella seconda evenienza – trattandosi di rapporti fra il potere pubblico e i cittadini – si tenderà ad esaltare l'esigenza di salvaguardia della sovranità popolare; nell'altra – trattandosi di rapporti tra due orientamenti sovrani e reciprocamente indipendenti – la sovranità dello Stato».

²⁰ Da ultimo, G. PARODI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 64.

²¹ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, p. 408. Ovviamente, presupposto è il riconoscimento dell'esistenza di divergenze tra le diverse tradizioni costituzionali nazionali, soprattutto in considerazione della sempre crescente apertura dell'Unione a nuovi Stati; di talché, è fisiologico che il livello di protezione assicurato a livello europeo possa non coincidere con quello delle singole costituzioni nazionali e non potrà mai esservi — come è stato opportunamente sottolineato — una «fungibilità completa tra le garanzie dei diritti fondamentali accordate a livello nazionale e quella accordata dall'ordinamento comunitario» (M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, p. 30); ed è in questi varchi aperti che i controlimiti possono e devono svolgere un ruolo non secondario, o meglio primario, per una maggiore tutela della persona umana e dei suoi diritti fondamentali in Europa (V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, cit., p. 170).

²² Da ultimo, G. AMOROSO, *Sui controlimiti alle norma della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 30.

sciute attribuzioni dell'Unione creano nuove occasioni di potenziale divergenza tra i livelli di tutela dei diritti fondamentali assicurati in ambito nazionale e comunitario, quanto in recenti prese di posizione degli organi di giustizia costituzionale di taluni Stati membri dell'Unione, concordi, pur nella distinzione degli approcci, nel sottolineare il peso rivestito dalla dottrina dei controlimiti, anche alla luce del Trattato di Lisbona²³.

Ma è soprattutto il richiamo esplicito al ruolo dell'identità nazionale contenuto in alcune norme sovranazionali che induce a riflettere sul possibile assorbimento dei controlimiti nel tessuto ordinamentale europeo, consentendo di scorgere «una linea di continuità nei rapporti fra controlimiti al processo di integrazione comunitaria e identità costituzionali nazionali»²⁴. In quest'ottica, un sicuro punto di riferimento è rappresentato dall'art. 4.2 TUE: «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trat-

²³ Sin troppo evidente il riferimento al *Bundesverfassungsgericht* ed alla sentenza del 30 giugno 2009 (consultabile, nella traduzione italiana di Jörg Luther, in www.cortecostituzionale.it), ove è forte il richiamo a tale impostazione di garanzia al precipuo fine di salvaguardare l'identità costituzionale dello stato tedesco proprio in materia penale (sul punto, per tutti, P. FARAGUNA, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 75 ss. e A. J. MENÉDEZ, *Una difesa (moderata) della sentenza Lisbona della Corte costituzionale tedesca*, Napoli, 2012, p. 6 ss.), ed alle sentenze del 6 luglio 2010 (in *Foro it.*, 2010, IV, c. 533 ss.), del 7 settembre 2011, del 19 giugno 2012 e del 12 settembre 2012 (riportate e commentate da M. BONINI, *Dai "Signori dei Trattati" al "Dominus del bilancio": principio democratico, meccanismo europeo di stabilità e forma di governo parlamentare nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht tedesco*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011; ID., *Dalle prerogative parlamentari nell'Europa dei fallimenti di Stato*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 891 ss. e F. PEDRINI, *Le «cautele» di Karlsruhe in ordine al Fondo «salva Stati»*, ivi, p. 894 ss.); meno scontato richiamare, tra le altre, la presa di posizione del Parlamento britannico (*European Union Act 2011*, del 19 luglio 2011), che a larga maggioranza ha approvato il disegno di legge sulle condizioni di partecipazione del Regno Unito all'Unione europea, introducendo una condizione referendaria per ogni significativo sviluppo dei Trattati e richiamando in maniera forte il principio della supremazia parlamentare britannica rispetto al primato dell'Unione (un commento, in chiave critica, in M.P. CHITI, *Il tramonto della sovranazionalità europea? Il caso esemplare dell'European Union Act 2011 britannico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1228 ss.).

Un quadro ricostruttivo delle varie giurisdizioni costituzionali, con riferimento all'affermarsi dei controlimiti ed alla loro comunitarizzazione, in G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, p. 70 ss. e B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, cit., p. 192 ss., con particolare riferimento alla sentenza del 30 giugno 2009, del *BundesVerfassungsGericht*; nella dottrina penalistica, F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, p. 38 ss., il quale – con riferimento sempre alla sentenza del 30 giugno 2009 della Corte costituzionale tedesca – segnala come l'universalismo (europeo) della politica criminale sviluppata dall'Unione abbia trovato un limite nell'identità particolaristica di uno Stato, cosicché «l'intreccio dialettico tra universalismo e particolarismo conduce ad una sorta di paradosso: infatti, essendo questa 'identità' nazionale e democratica affermata in nome della legalità penale nel quadro dei diritti individuali, ne consegue che la democrazia rappresentativa nazionale finisce per accreditarsi come il modo migliore di tutela dei diritti; proprio di quei diritti umani che, per un altro verso, rappresentano il terreno di elezione dell'universalismo penale».

²⁴ S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 538.

tati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale»²⁵. Da tale disposizione si ricava il riconoscimento su scala europea dei controlimiti – dell’inviolabilità quindi dei principi costituzionali fondamentali di ogni Stato membro che ne costituiscono l’identità nazionale²⁶ –, da cui poter inferire una vera e propria riserva di competenze statali in determinati, significativi settori²⁷.

Indirizzano in maniera univoca nel medesimo senso anche l’art. 6.3. TUE, per il quale «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali»²⁸, e l’art. 67.1. TFUE, ove si afferma che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene realizzato dall’Unione «nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri». Si può così convenire che «dal quadro (forse più delimitato) dei principi e dei diritti fondamentali sanciti nelle Carte costituzionali nazionali, tali controlimiti si estendono ora ad una formula più ampia e generale dell’identità costituzionale nazionale – si direbbe perfino simbolica – ritrovando una nuova linfa e una nuova positivizzazione comunitaria nelle previsioni degli artt. 4.2 e 6 TUE, e dell’art. 67.1 TFUE»²⁹.

²⁵ Da ultimo, diffusamente, U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d’integrazione europea*, cit., p. 68 ss.

²⁶ Una penetrante indagine sul ruolo e la funzione dei principi costituzionali degli Stati membri, in A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell’Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, p. 52 ss.; sulla possibile estensione della legalità sovranazionale attraverso il rispetto delle identità nazionali degli Stati membri, v. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, cit., p. 190 ss.

²⁷ B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 152 ss.; sul punto, v. anche S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, cit., p. 538; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, p. 827 ss.

²⁸ Valorizza in particolare il ruolo dell’art. 6 TUE, S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 929, sottolineando come tale articolo, «nel riferirsi ai diritti dell’uomo e alle libertà fondamentali derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, ed *in primis* da quella dello stato sociale di diritto – che rappresenta la sintesi al più alto livello delle garanzie provenienti dall’esperienza dello stato di diritto e da quella dello stato sociale –, in base ai noti postulati di questa, dovrà sempre consentire la scelta verso più alti e completi assetti di difesa dei diritti dell’uomo e mai il contrario». Sulle tradizioni costituzionali come fonte di diritti fondamentali, alla luce delle convergenze e divergenze tra Stati membri e così come consacrati nella Carta di Nizza, nonché come principi generali del diritto dell’Unione, J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e «costituzionalizzazione» della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2011, p. 547 ss.

²⁹ Così S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, cit., p. 538 ss., il quale si chiede «se la teoria dei controlimiti riletta alla luce dei trattati di Lisbona non disegni un futuro molto simile al presente, cioè se le previsioni in materia di europeizzazione dei controlimiti (art.

Oggi l'*identità nazionale* ha un nucleo giuridicamente afferrabile, rafforzato dal riferimento alla struttura politica e costituzionale, riconducibile alle scelte di valore espresse dalle Costituzioni nazionali³⁰. La formalizzazione nell'art. 4.2. segna il passaggio «da una situazione di contrapposizione tra il principio di supremazia e i controlimiti – *primauté versus controlimiti* – ad una situazione in cui il principio del primato abbraccia la dottrina dei controlimiti – *primauté e controlimiti*» – nella quale cioè «i principi costituzionali fondamentali degli Stati membri non sarebbero più solo un limite nazionale al diritto europeo, ma anche un limite al diritto europeo all'interno dell'Unione stessa»³¹.

5. La riserva di legge quale principio fondamentale e limite al diritto europeo

I principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale investono in materia penale tanto le regole tecnico-formali di produzione normativa, quanto i valori

4.2 e 6 TUE, art. 67.1 TFUE) non attribuiscono alla Corte di Giustizia, più che alle Corti costituzionali nazionali – con la garanzia della corretta interpretazione dei trattati – una riedita *primauté* eurounitaria sui livelli costituzionali nazionali delle garanzie dei principi e dei diritti fondamentali»; la conclusione – nell'ottica di «un necessario dialogo fra le Corti» (p. 540) – è che «alla luce dei «nuovi» trattati (di Lisbona), dunque, i «controlimiti» opposti dalla Corte costituzionale alla primazia eurounitaria generalizzata ritrovano un nuovo e più ampio orizzonte, dinamizzato dalla nuova ottica dell'integrazione, ora arricchita da una Carta dei diritti fondamentali, idonea, molto più di quanto non lo fosse la primitiva giurisprudenza della Corte di Giustizia, a farsi garante di un ulteriore livello di garanzia dei diritti, *in unum* con gli *standard* più elevati (art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) agli stessi riconosciuti sia dalle Costituzioni nazionali sia dalle Carte internazionali e soprattutto dalla CEDU» (p. 542).

³⁰ In questi termini, con riferimento alla formulazione dell'art. I-5 del «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», dedicato alle «relazioni tra Unione europea e Stati membri» (che riproduce sostanzialmente quella dell'art. 4.2 TUE), M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Diritto un. eur.*, 2005, p. 592 ss., la quale coerentemente interpreta tale obbligo come «riconoscimento normativo» della teoria dei controlimiti in funzione di «contrappunto» alla formulazione dell'art. I-6, contenente il principio di supremazia del diritto europeo.

³¹ M. CARTABIA, «Unità nella diversità», cit., p. 594 e A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté vs. controlimiti*, cit., p. 1384; in senso analogo, nella dottrina penalistica, V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, cit., p. 446, il quale precisa che i *controlimiti* non vanno letti come momento di rottura con l'ordinamento – il che legittimerebbe un inadempimento secco agli obblighi comunitari di tutela che esporrebbe il nostro paese ad una procedura di infrazione – quanto piuttosto quali canali di dialogo tra UE e Stati membri. Mette in luce il potenziale dialogico della dottrina dei *controlimiti* – affiancata da quella che nella terminologia tedesca è denominata del «controllo *ultra vires* sugli atti delle istituzioni dell'Unione europea» – R. CAPONI, *La tutela dell'identità nazionale degli Stati membri dell'UE nella cooperazione tra le corti: addio ai «controlimiti»?», cit., p. 921 ss.*

politico-criminali ad esse sottesi e per il loro tramite manifestati. Se così è, non v'è dubbio che sia da ascrivere alla riserva di legge un ruolo primario, quale prerequisito che connota l'identità democratica nazionale e momento caratterizzante l'intera impalcatura dello Stato di diritto, «garanzia essenziale del rapporto tra autorità e libertà»³², intimamente connessa alla sovranità popolare ed al principio democratico³³.

Anzitutto, ed *in via immediata*, quale declinazione del principio di legalità, del quale rappresenta il primo e più pregnante dei corollari, per il valore intrinseco che tale principio riveste all'interno del nostro ordinamento – nella sua funzione delimitativa dell'intervento penale³⁴ – e per la connessione fisiologica con il principio di democrazia, che – nell'articolazione scandita dalle complessive modulazioni dell'art. 1 Cost. – appartiene al novero dei «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale» e dal quale (in particolare dal suo secondo comma) deriva in via diretta la garanzia della riserva. Nella sua originaria funzione di 'argine al penale' e dunque nel suo fondamento di 'diritto di difesa' dell'individuo di fronte al possibile arbitrio di detentori del potere – in definitiva, nelle vesti di *presidio di libertà negativa* e parte integrante del *discorso democratico* – si deve prendere in considerazione anche il nesso inscindibile con l'art. 13 Cost. e il duplice vincolo ivi previsto per la limitazione della libertà personale – la doppia riserva, di legge e di giurisdizione – a salvaguardia di un baluardo della struttura fondamentale dello Stato³⁵. Tutto ciò induce ad annoverare il principio della riserva di legge tra i diritti

³² D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, p. 170.

³³ Ancora attuali, in questo senso, le considerazioni di S. FOIS, *Sistema delle fonti e riserva di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del Seminario svoltosi a Roma il 15 e 16 ottobre 1990, Milano, 1991, p. 152 ss. e di L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; nella dottrina penalistica, S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 11 ss.

Nella medesima direzione culturale va a collocarsi, con riferimento all'ordinamento tedesco, anche l'ormai celebre e già richiamata sentenza del 30 giugno 2009 con la quale il *Bundesverfassungsgericht*, vagliando la compatibilità del Trattato di Lisbona con il *Grundgesetz*, ha esplicitamente riconosciuto che materie come quella dell'amministrazione del diritto penale appartengono al regime di inalienabilità del potere costituente e della sovranità, non mancando di rimarcare il ruolo fondamentale svolto dalle procedure parlamentari di decisione democratica riguardo a meritevolezza di pena dei comportamenti punibili, rango del bene giuridico tutelato, significato e misura della minaccia penale (§ 253).

³⁴ Come ricorda da ultimo D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1622 «il diritto penale, fondato sui principi di garanzia dell'individuo di fronte all'autorità, è limite invalicabile (...) della politica criminale».

³⁵ Un affresco del complesso quadro normativo costituzionale interno, «di sicura derivazione dallo stato sociale di diritto, attento ad un ampio riconoscimento dei diritti fondamentali», alla luce del quale ritenere che l'ordinamento costituzionale italiano «si attesta su posizioni di solida, ampia garanzia», rivelandosi, «sul piano della tutela dei diritti dell'individuo in materia penale, più

fondamentali dell'uomo³⁶, concorrendo a segnare «il limite invalicabile della politica criminale, a garanzia delle libertà individuali»³⁷.

Non va dimenticato, poi, il valore *mediato* assunto dalla riserva stessa. Se anche si dubitasse del valore intrinseco da assegnarle, non si potrebbe comunque disconoscere che essa rappresenta – *a fortiori* allorquando assuma un carattere assoluto – uno strumento finalizzato a tutelare valori sostantivi; valori che, nel caso della riserva assoluta in materia penale, attengono al rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo dinanzi a possibili restrizioni del bene primario della libertà personale ed assurgono al rango di «valori supremi» dell'ordinamento, al cospetto dei quali non è ammissibile alcuna limitazione di sovranità, assumendo pertanto connotati di inderogabilità³⁸.

La conseguenza è che una messa in discussione dei vincoli europei di criminalizzazione potrà avvenire invocando la riserva di legge nazionale quale vero e proprio *controlimite della sovranità statale in materia penale*³⁹; sovranità che – *minacciata* nella sua dimensione sostanziale da restrizioni degli spazi di libertà personale provenienti da organi *deficitari* di legittimazione democratica – «pretende una tutela conservativa anche verso le aspirazioni egemoniche del diritto comunitario»⁴⁰.

6. Il limite del controlimite

Nell'individuare il percorso per far valere in concreto il controlimite della riserva di legge in materia penale, va anzitutto considerato che un suo pieno riconoscimento rappresenterebbe un argine all'attribuzione di una competenza penale diretta all'UE, almeno in costanza delle ben note carenze di legittimazione democratica delle istituzioni comunitarie. È evidente infatti che, per la sua 'essenza', tale peculiare controlimite non potrebbe che operare *già a livello formale*, dal momento che

affidabile di quello dell'Unione europea», S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 928.

³⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 131.

³⁷ D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., p. 1625.

³⁸ A. BONOMI, *Le leggi comunitarie e la delineazione dei principi e dei criteri direttivi per rinvio alle direttive comunitarie nelle materie coperte da riserva di legge (aspetti problematici)*, in *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, a cura di E. Rossi, Padova, 2009, p. 304 ss.

³⁹ Così G. ABBADESSA, *Dal «diritto penale comunitario» al diritto penale della nuova unione europea*, cit., p. 465, richiamando l'impostazione di H. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts, Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*, Köln, 2001, p. 158.

⁴⁰ V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, cit., p. 446.

è proprio nel procedimento parlamentare che si concreta il valore sostanziale della garanzia dialettica e partecipativa, che rappresenta il principio supremo dell'ordinamento in materia penale *leso* dalla fonte comunitaria. In questo caso, il controlimito andrebbe invocato rispetto alla legge che consentisse l'ingresso della norma attributiva di tale competenza, *in parte qua*. Il controllo della Corte costituzionale, in pratica, verterebbe sul rispetto del controlimito della riserva di legge, per il tramite di una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., ma anche degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., per contrasto con la norma interposta dell'art. 4.2. del TUE in ordine alla violazione dell'imprescindibile rispetto delle identità nazionali – quella italiana evidentemente connotata dalla riserva di legge come corollario principale del principio di legalità –, ma anche con gli artt. 6.3. TUE, 67.1. TFUE e 53 della Carta di Nizza.

Ancora, la riserva di legge come controlimito potrebbe costituire l'*argomento forte* per ribadire la necessità di un'interpretazione *cauta e restrittiva* degli spazi aperti dalle norme che regolano l'attuale competenza penale accessoria (ad esempio con riferimento alla portata "minima" delle norme stabilite ed al requisito di "indispensabilità" per la potenziale adozione di direttive di armonizzazione penale), ridimensionando la discrezionalità sulle fondamentali scelte politico-criminali attribuite dall'art. 83 TFUE all'Unione (con corrispondente compressione delle prerogative tradizionalmente appartenenti all'autonomia degli Stati membri)⁴¹ ed offrendo argomenti per una lettura minimalista dell'art. 86, la cui formulazione ha spinto a ritenere che, con riferimento alla tutela degli interessi finanziari dell'UE, possa addirittura individuarsi una competenza penale *diretta* (o quasi diretta) dell'Unione⁴², esercitabile mediante *regolamenti*, segnando il passaggio dagli *obblighi di incriminazione* previsti da direttive (previa attuazione per mezzo di leggi nazionali) a vere e proprie *norme incriminatrici europee*, direttamente applicabili negli ordinamenti interni.

⁴¹ Esigenza peraltro ribadita con esemplare chiarezza dalla più volte richiamata sentenza del 30 giugno 2009 del *Bundesverfassungsgericht* sulla legittimità costituzionale del Trattato di Lisbona (§ 362-363), come ricordato anche da A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, cit., p. 27 ss.

⁴² Sul punto, C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Bilancia e M. D'Amico, Milano, 2009, p. 144 ss. e, più di recente, ancora ID., *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in *Europa e diritto penale*, cit., p. 57 ss.; con varietà di argomenti e posizioni, sulla specifica questione, v. anche i rilievi di G. GRASSO, *La costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, 2007, p. 697; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 239 ss.; M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone. Commentario sistematico al codice penale*, diretto da M. Ronco (con la collaborazione di E.M. Ambrosetti e E. Mezzetti), Bologna, 2010, p. 33 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 127.

Un'europeizzazione dei controlimiti – ed in particolare del controlimite in materia penale della riserva di legge –, pur nella indubbia difficoltà di una declinazione pratica, potrebbe attivare ulteriori rimedi, tanto in sede normativa quanto giurisdizionale, consentendo la tutela massima dei diritti e delle libertà derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri a fronte di eventuali «abbassamenti, ad opera di interventi normativi europei, dello standard delle garanzie stabilite dal diritto nazionale»⁴³.

In primo luogo, un ruolo significativo spetterebbe al *legislatore interno*, chiamato a *prendere sul serio* il proprio compito in fase di attuazione degli obblighi comunitari, non spogliandosi delle proprie prerogative ed evitando di rifugiarsi dietro l'alibi della penalizzazione di fonte sovranazionale. All'esito di un attento vaglio, potrebbe infatti emergere che obblighi di penalizzazione di matrice europea – ad esempio nel caso di obblighi 'espliciti' di cui all'art. 83 TFUE, ben distanti dal canone 'minimo' che dovrebbe caratterizzare le norme europee che gli Stati sono chiamati a trasporre – «rappresentano un'indicazione non solo di obiettivi, ma anche di strumenti di tutela»⁴⁴: appaiano cioè eccessivamente stringenti, discendendo dagli atti sovranazionali «non solo obblighi di criminalizzazione di determinate condotte, ma addirittura vincoli spesso dettagliati sulla concreta conformazione dei precetti, e persino sulla natura e misura delle sanzioni penali che lo Stato è tenuto ad adottare»⁴⁵; in buona sostanza, obblighi che erodono quel *recinto* di discrezionalità protetto dalla riserva di legge nazionale in materia penale.

Orbene, in tali circostanze, compito del Parlamento nazionale sarà quello di far scattare una reazione, e cioè il *controlimite della riserva di legge*, che lo dovrebbe portare a rivendicare il significato sostanziale della scelta di politica criminale di cui è competente *esclusivo*. Come è stato efficacemente messo in risalto, «è la faticosa operazione di bilanciamento tra interessi in tensione che deve guidare la scelta del legislatore penale (e dunque interno), senza consentire che la scelta se incriminare o meno una data condotta sia sottratta al dibattito politico, democratico e aperto per essere attratta in un'area indistinta della decisione internazionale, dominata dalle componenti governative e burocratiche»⁴⁶.

⁴³ S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 928, il quale segnala il «trend efficientistico-strumentale che, assecondando prospettive *lato sensu* securitarie, è pronto a sacrificare l'efficienza delle norme fondamentali, quelle poste, in ultima analisi, a tutela delle prerogative individuali».

⁴⁴ D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 172.

⁴⁵ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 44.

⁴⁶ S. MANACORDA, «Dovere di punire»? *Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1400 ss., il quale conclude sul punto che «nel punire e non punire convergono certamente anche le valutazioni politico-criminali espresse dalla comunità internazionale, senza però che queste acquisiscano la dimensione di imperativi categorici, ai quali ineluttabilmente sottomettersi».

Pertanto, anche in nome dei canoni di sussidiarietà e prossimità⁴⁷, in un giudizio di bilanciamento nel quale evidentemente l'esigenza di armonizzazione europea che giustifica l'azione dell'Unione non sia ritenuta prevalente sulla contrapposta esigenza nazionale di conservazione degli assetti dell'ordinamento penale interno, l'organo rappresentativo sarà chiamato ad incidere sull'attuazione degli obblighi, se del caso modificando la struttura della fattispecie, i limiti edittali, o addirittura non punendo talune aggressioni a beni giuridici, qualora ad esempio si ritenga che *quell'* esigenza di penalizzazione non sussista in concreto nel nostro Paese ovvero si ponga con necessità e limiti differenti da quelli stabiliti in modo indifferenziato in sede sovranazionale⁴⁸. Del resto, è lo stesso art. 69 TFUE a prevedere, con riferimento alle iniziative legislative europee in materia di cooperazione penale e di polizia, che i parlamenti nazionali vigilino «sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

Non può invero sottacersi come la prospettiva di una seria assunzione di responsabilità nel far valere tale controlimites rischi di scontrarsi con la prassi lassista che, nella c.d. fase discendente, ha sino ad oggi accompagnato il ruolo parlamentare; in altri termini, al cospetto di atti interni di recepimento che si limitano sostanzialmente a riportare la fonte comunitaria – individuando principi e criteri direttivi ricavati dalla legge di delegazione europea (e, in precedenza, dalla legge comunitaria) *per relationem*, con mero rinvio al contenuto delle direttive⁴⁹ –, confidare

⁴⁷ Sui quali, da ultimo, A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, cit., p. 18 ss.; in precedenza, per tutti, M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 115 ss.

⁴⁸ Una possibile applicazione di questo schema la si può cogliere nella vicenda normativa che ha dato vita al mandato di arresto europeo, nella quale la recezione italiana della decisione quadro 2002/584/GAI «si caratterizza per un'impostazione complessivamente condivisibile, laddove ha 'filtrato' l'obbligo di conformazione armonizzandolo con talune importanti garanzie costituzionali» (così V. MAIELLO, *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, cit., p. 133).

⁴⁹ Non può tacersi come in sede attuazione degli obblighi comunitari di tutela penale si assiste ad una profonda alterazione dello schema tipico della delega legislativa per quel che concerne il ruolo del Parlamento nella determinazione dei principi e dei criteri direttivi, offrendo una delle esemplificazioni più efficaci dei rischi della prassi di una loro individuazione *per relationem*: nello schema di siffatta delega la normativa sovranazionale viene utilizzata non solo come fonte di principi da attuare e per l'individuazione di simili principi – il che, già, contraddice la funzione tipica dello strumento –, quanto «come mera formula di comodo per giustificare il decreto delegato di attuazione in base alla sola necessità di un – anche del tutto imprecisato nelle sue modalità – adeguamento alla disciplina europea» (A. ANZON, *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, in *La delega legislativa. Atti del Seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta*, 24 ottobre 2008, Milano, 2009, cit., p. 37; sul tema, anche C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 286 ss.).

nell'esercizio di tale prerogativa parlamentare potrebbe apparire forse eccessivamente ottimistico.

Ipotizzando dunque, con buona dose di realismo, che tale primo filtro *virtuoso* non scatti, o scatti con modalità non ortodosse (in quanto impropriamente *delegato* al Governo), il controlimita potrà comunque operare in un momento successivo, ove fosse sollevata dinanzi alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1, Cost. di una norma interna non conforme agli obblighi comunitari di tutela penale, che preveda ad esempio un trattamento ritenuto non adeguato agli *input* di tutela sanciti a livello sovranazionale in forma *dettagliata*; ovvero nel caso di lacuna di tutela *sopravvenuta*, allorché di fronte di un obbligo di tutela prima attuato il Parlamento decida, in un secondo momento, di *cambiare idea*, depenalizzando una condotta per la quale in sede sovranazionale si reclama una precisa risposta penale⁵⁰.

In queste evenienze, di fronte cioè ad un *passo indietro* del legislatore nazionale, si può ritenere che, fermo restando il vincolo di sindacabilità *ex art.* 3 Cost., la scelta di dare attuazione parziale o diversa agli obblighi di penalizzazione ovvero di intervenire con una norma successiva che abroghi una precedente disposizione attuativa di tali obblighi o che preveda comunque un trattamento più favorevole (in generale: che non sia più in linea con gli obblighi europei) rientri in pieno nell'esercizio della discrezionalità legislativa interna nella valutazione politico-criminale; discrezionalità resa impermeabile attraverso il richiamo agli artt. 4.2. e 6.3. TUE, all'art. 67.1. TFUE e all'art. 53 della Carta di Nizza – in pratica: al controlimita della riserva di legge, nel suo significato di *libertà legislativa* – rispetto all'obiezione di aver tradito gli obblighi di penalizzazione europea (e quindi l'obbligo di fedeltà comunitaria) e che certamente non viene meno anche nel caso in cui sia stato già recepito un obbligo di tutela europeo⁵¹. Come si è messo in luce, «la riserva di legge sarebbe compromessa nella sua dimensione sostanziale, ove si ritenesse che il legislatore nazionale fosse costituzionalmente vincolato dall'obbligo di penalizzazione ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.», dal momento che «la fondamentale valutazione di *proporzione* e *necessità* del ricorso alla sanzione penale, a tutela dei beni giuridici di rilevanza comunitaria, verrebbe infatti effettuata, per il tramite delle *direttive* fondatrici dell'obbligo di incriminazione, da organi non soltanto diversi dal parlamento nazionale – il che sarebbe di per sé compatibile con le “limitazioni di sovranità” previste dall'art. 11 Cost. – ma soprattutto ancora

⁵⁰ Da ultimi, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 112 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2012, p. 52 ss.; nella dottrina comunitarista, per tutti, R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. un. eur.*, 2007, p. 585 ss.

⁵¹ Così anche G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit., p. 62 ss.

affetti da quel *deficit democratico* che si pone di per sé in rotta di collisione con la *ratio* giustificatrice della riserva di legge»⁵².

La valorizzazione della riserva di legge quale controlimite, come detto rafforzata anche a livello europeo dal riconoscimento della insuperabilità delle identità costituzionali degli Stati membri, sembra peraltro ridimensionare la recente prospettiva di sindacabilità intrapresa dalla Corte costituzionale nel dichiarare l'incostituzionalità di norme interne (extrapenali), anche con effetti di favore, ritenute in contrasto con una norma comunitaria priva di effetti diretti – non più attraverso il *grimaldello* dell'art. 3 Cost., bensì direttamente per contrasto con i vincoli comunitari posti dagli art. 11 e 117 Cost.⁵³ – e con essa la sottesa visione europeistica egemonizzante del diritto penale.

7. La tutela multilivello e i rapporti tra diritto penale, potere e garanzie

Tirando le fila del discorso, può dirsi che il punto di vista avanzato – immaginare la riserva di legge quale controlimite – consente di sviluppare un passaggio realmente decisivo per un recupero di centralità della funzione di garanzia democratica del vaglio parlamentare nelle scelte politico-criminali, frapponendo un ostacolo al riconoscimento tanto di una competenza penale *diretta* dell'Unione europea,

⁵² G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, cit., p. 291.

⁵³ Corte cost., sent. 28 gennaio 2010, n. 28, in *Giur. cost.*, 2010, p. 358 ss., nella quale si risolve il nodo problematico degli effetti *in malam partem* della sentenza facendoli discendere non già dalla decisione stessa o dalla direttiva, quanto piuttosto «dalla applicabilità della vigente fattispecie di reato non più 'neutralizzata' dalla disposizione di deroga contrastante con il diritto UE (ed appunto dichiarata illegittima dalla Corte)» (così V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 121 ss.). Sulla questione, si è detto che «la necessità di dichiarare l'incostituzionalità di una norma che violi gli obblighi internazionali, anche laddove ne derivino effetti *in malam partem* in materia penale, rimettendo al giudice *a quo* la valutazione degli effetti nel caso concreto, sembra operare il bilanciamento tra il rispetto degli artt. 11 e 117 e la riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, comma 2, sicuramente a favore dei primi, facendo discendere in maniera discutibile una limitazione della potestà legislativa in materia penale da fonti sovranazionali non emanate necessariamente con quelle garanzie di democrazia» (A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex art. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1134 ss.).

Si è altresì proposto, proprio sulla scia dell'apertura della Corte costituzionale e con riferimento alle ipotesi di *inadempimento statale sopravvenuto*, di «riconoscere alla (prima) legge interna correttamente attuativa del precipuo obbligo comunitario di tutela penale un 'potere di resistenza' alle modifiche successive, sia di fronte ad eventuali riforme che depotenzino la tutela, sia di fronte ad eventuali depenalizzazioni; ammettendo, in altri termini, che sulla materia vige ormai una 'copertura comunitaria', che nel caso di inadempimento statale sopravvenuto permette alla Corte di censurare la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali, segnatamente gli artt. 11 e 117 Cost.» (ancora V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 121 ss.).

quanto di una competenza che, seppure formalmente indiretta, risulti ancora gravemente deficitaria in termini di legittimazione democratica.

Di contro, se cade la barriera della legalità formale, che assegna alla composizione dialettica per via procedimentale la garanzia di democraticità delle scelte politico-criminali, non rimane che affidare la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali al solo *presidio* del formante giurisprudenziale⁵⁴. Con un duplice effetto: da un lato, il riconoscimento della giurisprudenza quale fonte del diritto, anche penale⁵⁵, trasfigurando la riserva di legge in «riserva di diritto»⁵⁶ ed attribuendo al giudice compiti impropri ed eccentrici rispetto al suo ruolo ed alla sua funzione, portandolo ad assumere «la sagoma di un giudice non solo *interprete* ma anche *ar-*

⁵⁴ Sulla «crescente importanza del potere normativo giurisprudenziale» – quale prospettiva dischiusa proprio «dall'allontanamento del diritto penale dal monopolio produttivo del Parlamento» –, A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *questa rivista*, 2012, p. 107 ss.; individua – nell'analisi dell'attuale rapporto tra giurisdizione e legislazione – i fattori di rafforzamento della prima e quelli di indebolimento della seconda, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3825 ss.

⁵⁵ Riconoscimento corroborato, a livello sovranazionale, dall'impossibilità di poter enucleare dal tenore dell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo una riserva di legge parlamentare, così da poter ricondurre – assieme alla legge formale – anche la giurisprudenza nell'onnicomprendente concetto di *diritto* cui la norma fa esplicito riferimento, venendosi ad assecondare, in sostanza, quel ruolo di co-legislatore nei fatti già assunto; nella molteplicità dei contributi, v., con sfumature differenti, A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Artt. 1–9*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Roma-Bologna, 2011, p. 536 ss.; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 37 ss. e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2014, p. 54 ss. Nella letteratura penalistica, in questa direzione, di recente, O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1478 ss.; sul riconoscimento della *giurisprudenza-fonte*, seppure all'esito di un percorso differente (fondato su una teoria delle norme giuridiche che, distinguendo tra *disposizioni* e *norme*, riconosce all'interprete uno spazio rilevante per ricavare le vere *norme* applicate dalle *disposizioni* astratte), anche M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale, Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, *passim* (ma spec. p. 51 ss.; 92 ss.). In precedenza, su basi ancora diverse, evidenziano il ruolo produttivo di un diritto vivente rispettoso dei diritti fondamentali della Corte di giustizia G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 916 ss.; da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici relativi al significato di legalità penale elaborato dalla Corte europea, v. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, cit., p. 195 ss. e 218 ss.; in senso critico v., in particolare, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, I, c. 259 ss. e, prima ancora, in *Id.*, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, vol. I. Diritto penale*, Milano, 2000, p. 63 ss.

⁵⁶ N. PARISI, *Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: alcune considerazioni a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2254.

tefica della norma penale»⁵⁷; dall'altro, la moltiplicazione di forme e sedi di tutela, salutata peraltro con favore sull'assunto che la disponibilità di una pluralità di sedi di riconoscimento e garanzia dei diritti consenta l'assestamento della loro tutela al livello più alto.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, il rischio, prontamente segnalato, è quello di una sopravvalutazione degli effetti benefici connessi alla c.d. tutela multi-livello⁵⁸, di confondere cioè «la quantità dei diritti e degli strumenti di tutela con la qualità della protezione della persona, offrendo una visione molto ottimistica del problema della pluralità dei livelli di sovranità e della parallela molteplicità dei piani e delle prospettive di tutela»⁵⁹. Senza dimenticare che un'esaltazione enfatica ed acritica dell'opera delle Corti rappresenta il viatico per il definitivo superamento del peso dei testi normativi: «svalutare la significatività della decisione politica democratica racchiusa nello stabilimento di una Costituzione (e anche, nei limiti della Costituzione, nell'adozione di una legge) e ridurre i diritti all'oggetto di un accertamento giudiziale delle correnti profonde della società equivale a consegnare al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo alle istanze decisionali democratiche»⁶⁰.

Per non assecondare quella che è stata definita «la grande illusione che i diritti umani siano al di sopra della politica»⁶¹, va ricordato che in ordinamenti costituzionali – la cui identità caratterizzante, secondo quanto oggi espressamente sancito anche nel Trattato di Lisbona, va salvaguardata e protetta – la decisione sui diritti, sui doveri e *a fortiori* sulle libertà *intaccate* dal diritto penale non può non essere concepita *ancora oggi* come *politica* – la *decisione politica per eccellenza* –, in quanto tale non affidabile ai giudici, se è vero che, nello Stato di diritto, «i giudici

⁵⁷ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 55.

⁵⁸ Nella dottrina costituzionalistica, tra i lavori più recenti, si segnalano, senza pretesa di esaustività, D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 23 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, p. 141 ss.; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 104 ss.; E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2013, p. 87 ss.; P. OTRANTO, *Note minime sulla riscrittura del rapporto libertà-autorità nel dialogo tra le Corti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 719 ss.; nella dottrina penalistica, da ultimo e per tutti, A. BERNARDI, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Note di un penalista*, ivi, 2013, p. 571 ss.

⁵⁹ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1660; ID., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, cit., p. 3835 ss.; sui rischi di affidare ai giudici, «nella crisi della politica», il futuro dei diritti fondamentali, torna di recente G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 82 ss.

⁶⁰ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1661.

⁶¹ Da D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., p. 1623, per il quale tale illusione, laddove i diritti umani «sono invece una *forma di politica*, può essere d'ostacolo alla ricerca di soluzioni condivise, fra interlocutori aperti all'ascolto delle ragioni degli altri».

svolgono un'opera essenziale di *protezione* dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all'azione degli organi politici e trasformarsi in opera di *creazione* di quei diritti»⁶².

Tornando al punto e all'importanza da riconoscere al controlimito della riserva di legge, allora, l'attenzione va posta su un pericolo ben delineabile, quello di vedere accantonato del tutto il problema della legittimazione democratica delle scelte penali. Se, a ben vedere, la dichiarazione di fallimento di una forte legalità penale interna rappresenta il necessario presupposto per *giustificare* la moltiplicazione degli ambiti decisionali, soprattutto a livello sovranazionale, che nei fatti – operando una «ridislocazione dei poteri decisionali in favore di istanze politicamente irresponsabili (le autorità tecniche; le Corti)» – impedisce «una precisa imputazione di responsabilità e l'esercizio dei poteri (sanzionatori e di controllo) dei governati»⁶³, e se la garanzia di democraticità del diritto penale è nella limitazione, *anche* attraverso la responsabilità politica, del potere punitivo, ecco che tale garanzia non potrà essere delegata a chi di siffatta responsabilità è (o dovrebbe essere) per definizione privo⁶⁴.

Sullo sfondo dell'affermazione di un'incondizionata primazia del diritto europeo (anche al cospetto di garanzie più elevate a livello nazionale) e di una sorta di delega in bianco della tutela dei diritti fondamentali concessa alle Corti riecheggiano profili di sovranità elitaria, sciolta dal vincolo di rispettare la legge scritta e i relativi presidi garantistici procedurali. L'assenza di limiti *esterni* all'esercizio di un potere – *id est*: l'inopponibilità di controlimiti *interni* alla supremazia assoluta del diritto europeo nelle scelte di politica criminale – rievoca tratti di potere assoluto, che lasciano trasparire nell'idea *à la page* di un *europeismo penale multilivello*, oltre che le stimate di una deriva post-politica (nella quale «le istituzioni sono plasmate in funzione di una decisione fondamentale rispetto a cui i margini di dissenso sono notevolmente ridotti»⁶⁵), anche taluni contrassegni della classica visione hobbesiana dello Stato⁶⁶.

⁶² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1661; sottolinea altresì G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. dir.*, 2013, p. 8, come «la via giurisdizionale alla realizzazione dei diritti fondamentali a livello sovranazionale» sconti l'errore di «non aver ben valutato che, *lasciati soli*, sarebbero stati sopraffatti dalle forze materiali e dal vento del tempo, che ai diritti delle persone preferiscono dar voce agli interessi del mercato»; nella dottrina penalistica, analizza il ruolo del giudice interno nell'ordinamento multilivello, in particolare e di recente, in chiave problematica, A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, cit., p. 111 ss.

⁶³ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1661.

⁶⁴ Sul ruolo del costituzionalismo moderno – nel cui ambito si colloca la specifica questione delle *garanzie penali* – tra fondazione, limitazione e funzionalizzazione del potere, anche in chiave storica, v. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 131 ss.

⁶⁵ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, p. 287.

⁶⁶ Nell'impossibilità (anche solo) di abbozzare una bibliografia sul tema, si rinvia, per tutti, a N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino, 2004, p. 49 e, da ultimo, a M. CUONO, *Assoluto, ma non arbitrario?*

Ma se, in fondo, anche Hobbes ravvisava, nel disegno dell'evoluzione dei rapporti tra diritto e potere, la necessità che lo stesso potere del sovrano assoluto trovasse il suo radicamento legittimante nel diritto⁶⁷, ecco che, oggi, non può non avvertirsi l'esigenza di controbilanciare le spinte antiformaliste con una scelta forte, dirimpente, non compromissoria, tanto a livello interno quanto sovranazionale, diretta a restituire centralità agli organi rappresentativi, quindi legittimati⁶⁸, ed alle relative forme tipiche (la legge parlamentare) anche – anzi *soprattutto* – nelle scelte penali. La strada preferibile sembra essere la rivitalizzazione di un meccanismo preziosissimo, quello dei controlimiti, da utilizzare anche con riferimento al principio della riserva di legge in materia penale quale valore fondante l'identità costituzionale nazionale. Uno strumento risalente ma non obsoleto, rispetto al quale la Corte costituzionale è chiamata a vincere la tradizionale timidezza, incoraggiata dalle innovazioni del Trattato di Lisbona. Senza che, in fondo, possano trarsi convincenti argomenti contrari nella (pur discutibile) sentenza della Corte di Giustizia sul caso Melloni, né tantomeno nella conseguente decisione del *Tribunal Constitucional* spagnolo, visto che, soprattutto in quest'ultima, è stata comunque riconosciuta la supremazia dei valori fondamentali, che costituiscono il 'nocciolo duro' delle garanzie costituzionali approntate nell'ordinamento interno dalla Costituzione, nel caso di contrasto insanabile tra questi ultimi e il diritto dell'Unione.

Potere legittimo e leggi di natura in Hobbes, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, p. 3 ss. (spec. p. 7 ss.).

⁶⁷ M. LUCIANI, *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, in *XXI Secolo. Norme e idee*, Roma, 2009, p. 344 e ID., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1646.

⁶⁸ Ricorda di recente, con vigore, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, p. 7 che «il legislatore è l'unica autorità che nel nostro sistema può vantare una piena legittimazione democratica, per cui ogni esercizio di potere pubblico che non si leghi saldamente alle sue indicazioni appare arbitrario e inaccettabile».